



## Tilburg University

### Cessie en verrekening

Vranken, J.B.M.

*Published in:*  
Ars Aequi

*Publication date:*  
1984

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Vranken, J. B. M. (1984). Cessie en verrekening: Beantwoording rechtsvraag NBW (3). *Ars Aequi*, 33(2), 110-116.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Rechtsvragen

---

## Beantwoording rechtsvraag NBW (3) Cessie en verrekening

Prof. mr. J.B.M. Vranken

---

### Vraag

De bv Wiertstra heeft het alleenverkooprecht van chemische schoonmaakprodukten, afkomstig van de bv Chemical Cleaning. De produkten zijn, zeker in vergelijking met andere, van hoge kwaliteit. Wiertstra zet veel om en het gaat haar dan ook voor de wind. Ten aanzien van Chemical Cleaning zou hetzelfde kunnen gelden, maar dat is niet het geval. Verkeerd management heeft het bedrijf in grote financiële problemen gebracht. Wiertstra constateert dit alles niet met plezier. Wanneer Chemical Cleaning de poorten zal moeten sluiten, zal het met haar ook spoedig zijn gedaan: bijna 75% van de omzet wordt behaald met de verkoop van produkten van Chemical Cleaning.

Voor Wiertstra is dit het sein haar aandacht meer te gaan richten op (de) andere produkten, maar daarvoor heeft zij minstens een jaar nodig als gevolg van de omstandigheid dat de potentiële afnemers tot een andere sector van het bedrijfsleven behoren: niet de zware industrie, maar garage en transport. Het is echter uiterst twijfelachtig of Wiertstra deze tijd nog gegund wordt. De wanhoop is bij Chemical Cleaning zo hoog gestegen dat ze zelfs Wiertstra om het verstrekken van een krediet verzoekt. Deze gaat, hoewel zij gelet op het voorgaande niet ongenegen is Chemical Cleaning tegemoet te komen, niet over één nacht ijs en laat zich uitvoerig voorlichten over het opgestelde reddingsplan. Kennelijk boezemt haar dat zo veel vertrouwen in, althans voor wat betreft de overlevingskansen van het bedrijf op korte termijn, dat zij, onder voorwaarde dat ook kredieten tot een bedrag van f 750.000,- van elders kunnen worden betrokken, bereid is een rentedragende lening te verstrekken van f 150.000,- aflosbaar over 1 jaar in 10 gelijke termijnen. De voorwaarde wordt vervuld en Chemical Cleaning ontvangt de toegezegde f 150.000,-

Na enige maanden, waarin de leveranties tussen partijen op de voordien gebruikelijke wijze zijn voortgezet, blijkt Wiertstra dat het reddingsplan voor Chemical Cleaning waarschijnlijk zal mislukken. De schuldenlast stapelt zich op. Wiertstra voelt er onder deze omstandigheden weinig voor de laatste twee facturen ad in totaal f 130.000,- te betalen, in het bijzonder gelet op de verliespost van f 150.000,- die haar naar haar stellige overtuiging te wachten staat als zij er niet in slaagt iets te ondernemen. Zij zint op middelen om haar verlies te beperken. In dat verband hoort zij van D.D heeft ook op termijn geld geleend aan Chemical Cleaning (f 100.000,-). D's vordering is, evenmin als die van

Wiertstra, door zekerheid gedekt. D heeft echter wel als voorwaarde weten te bedingen dat in geval van hernieuwde dreigende betalingsonmacht van Chemical Cleaning hij onmiddellijk betaling kan verlangen 'van al hetgeen de debiteur uit welke hoofde ook aan de crediteur verschuldigd is' (art. 3 overeenkomst).

Wiertstra wendt zich tot U terzake van advies of zij zich de vordering van D op Chemical Cleaning moet laten overdragen om daarna te verrekenen tot een bedrag van f 130.000,-. Haar verlies zou in dat geval tot voor haar aanvaardbare proporties worden teruggebracht, temeer omdat omtrent de modaliteiten van de overdracht met D best te praten is. Ook voor D is Chemical Cleaning inmiddels een dubieuze debiteur geworden

Hoe luidt Uw gemotiveerde advies, er van uitgaande dat de hiervoor vermelde hernieuwde dreigende betalingsonmacht van Chemical Cleaning vast staat?

---

### Antwoord

#### *Inleiding: verrekening en verrekeningsbevoegdheid*

1 Verrekening — de nieuwe term voor compensatie, schuldvergelijking<sup>1</sup> — betreft de situatie van twee personen die over en weer elkaars schuldenaar en schuldeiser zijn. In de onderhavige casus zijn dat Wiertstra (W) en Chemical Cleaning (CC) die jegens elkaar een vordering resp. schuld hebben van f 150.000,- en een schuld resp. vordering van f 130.000,-. Bij verrekening gaat het derhalve om het in zich verenigen van de hoedanigheden van schuldenaar en schuldeiser, echter niet in één hand ten aanzien van één vordering en schuld. Is dat het geval, dan is sprake van vermening (art. 6.2.4.14b).<sup>2</sup> Verrekening en vermenging zijn beide, wat genoemd kan worden, typische systeemfiguren, dit wil zeggen inherent aan iedere systematisering van de rechtsstof en in wezen correcties op de onvolkomenheid ervan.<sup>3</sup> Zonder verrekening bijv. — om mij daartoe te beperken — zouden de overeenkomst van geldlening ad f 150.000,- en de overeenkomst(en) van koop en verkoop ad f 130.000,- ieder afzonderlijk met inachtneming van de normaal geldende regels moeten worden afgewikkeld. Dat is in het algemeen tamelijk omslachtig en vaak overbodig. Voor die gevallen zijn in de loop der tijd, zij het nogal moeizaam,<sup>4</sup> speciale regels ontwikkeld. In het NBW zijn deze opgenomen in afd. 6.1.10. Daarbij is, sterk beïnvloed door het recht van de Bondsrepubliek Duitsland, nadrukkelijk onderscheid gemaakt tussen de bevoegdheid tot verrekening en de verrekeningsverklaring. De verrekeningsverklaring werkt ingevolge art. 6.1.10.6 terug tot het tijdstip waarop de bevoegdheid tot verrekening is ontstaan. Door het uitbrengen ervan gaan de verbintenissen over en weer tot het

gemeenschappelijke beloop teniet (art. 6.1.10.4, lid 1). In casu zou dat zijn tot een bedrag van f 130.000,-.<sup>5</sup>

2 Het probleem voor W in het concrete, aan de praktijk ontleende, geval is dat zij aan de verrekeningsverklaring niet toekomt, omdat zij de bevoegdheid tot verrekening mist. Niet in alle gevallen namelijk van over en weer schuldenaar en schuldeiser zijn, ontstaat die bevoegdheid. Voorwaarde daartoe is, voorzover relevant en afgezien van een contractuele uitsluiting, dat zij bevoegd moet zijn zowel tot betaling van haar schuld aan CC als tot het afdwingen van betaling van haar vordering (art. 6.1.10.4, lid 2). Tot het betalen van haar schuld is W niet alleen bevoegd, maar ook verplicht. Van haar vordering ad f 150.000,- daarentegen kan zij nog geen betaling verlangen, omdat deze in het belang van CC pas opeisbaar (in termijnen) is gesteld een jaar na datum aangaan geldlening<sup>6</sup> en dat jaar nog niet verstreken is. Dit zou slechts anders zijn wanneer de niet-opeisbaarheid in haar belang zou zijn overeengekomen. Nu dat niet zo is, wil zij andere wegen zoeken om alsnog te kunnen verrekenen, meer speciaal door zich een vordering van D op dezelfde debiteur te laten overdragen, waarbij in de daaraan ten grondslag liggende overeenkomst de bevoegdheid is opgenomen bij dreigende betalingsonmacht van CC onmiddellijke betaling te verlangen van al hetgeen de crediteur uit welke hoofde ook te vorderen heeft (art. 3 overeenkomst).

#### *De vragen in deze casus*

3 Ter beantwoording staan twee vragen:

- a. Gaat bij cessie ook het opeisbaarheidsbeding van art. 3 op W over en, zo ja, strekt dat

---

<sup>1</sup> De term is van oudsher omstreden. Vergelijk de veelheid aan benamingen, vermeld bij J. Voorduin, *Geschiedenis, deel V*, p. 100/1; 118/123, alsmede bij C.W. Opzoomer, *Het burgerlijk wetboek*, 1881, deel 7, p. 164/5.

<sup>2</sup> Zie o.m. recent HR 3 december 1982, NJ 1983, 400 en HR 6 mei 1983, NJ 1983, 584.

<sup>3</sup> Een andere systeemfiguur is de samenloop, waarin getracht wordt regels te formuleren voor overlappen ten gevolge van de systematisering.

<sup>4</sup> Vergelijk in plaats van velen J.A. Bybau, *De werking der schuldvergelijking*, diss. 1912 met verwijzingen (o.m. naar Duitse literatuur).

<sup>5</sup> Het voorgaande bevat slechts enkele hoofdlijnen. Voor een uitgebreider overzicht o.m. de bijdrage van A.H. Schipper in: *NBW geschetst. Verbintenissenrecht*, Ars Aequi Libri, 1983, p. 76 e.v. Ik verwijs verder naar de Parlementaire Geschiedenis m.b.t. afd. 6.1.10 en naar het commentaar van H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw BW*, 1979, p. 305 e.v.

<sup>6</sup> PG boek 6, p. 489 e.v. (Studenteneditie, p. 556 e.v.). Zie ook art. 6.1.6.9a. CC zou wel kunnen verrekenen.

beding zich mede uit tot de vordering van W op CC van f 150.000,— of alleen tot de vordering van f 100.000,—?

Deze vraag voert naar de nieuwe titel 6.2 betreffende de overgang van vorderingen en schulden, met name naar het daarin gehanteerde begrip nevenrechten.

- b. Ontstaat door een cessie met het oog op verrekening in omstandigheden als in de casus geschetst wel de bevoegdheid tot verrekening?

*Vraag a: de nevenrechten van titel 6.2 en art. 3 overeenkomst*

4 Het antwoord op vraag a levert weinig twijfel op voorzover het de vordering van f 100.000,— betreft. Ik verwijs naar de Parlementaire Geschiedenis bij art. 6.2.1.1, waar wordt opgemerkt dat tot de automatische, van rechtswege overgang van aan een vordering verbonden nevenrechten onder andere behoort het recht om een vordering opeisbaar te maken.<sup>7</sup> Naar huidig recht wordt hetzelfde aangenomen.<sup>8</sup>

Ten aanzien van de vordering van f 150.000,— kan men aarzelen. Men kan de nadruk leggen op het verschil tussen cessie en contractoverneming, hierin bestaande dat bij de contractoverneming een gehele rechtsverhouding overgaat met in beginsel alle daartoe behorende rechten en verplichtingen. Daarvoor is een driepartijenovereenkomst voorgeschreven (art. 6.2.3.14). Bij cessie echter is noch de medewerking van de debitor cessus vereist, noch betreft de overdracht de gehele rechtsverhouding. Op elk van deze elementen kan het standpunt worden gebaseerd dat in het concrete geval W aan art. 3 overeenkomst niet het recht kan ontleen de vordering van f 150.000,— opeisbaar te maken.

Hier tegenover staat de redenering dat de opeisbaarheidsbevoegdheid als een nevenrecht is aangemerkt dat van rechtswege met de vordering overgaat. Natuurlijk zijn hierop uitzonderingen mogelijk: de overgang kan uitgesloten zijn, de bevoegdheid (het beding) kan een persoonlijk karakter dragen. Is daarvan geen sprake — hetgeen door interpretatie moet worden vastgesteld — dan is de ruime redactie van het beding in beginsel voor risico van de debiteur. Zoals de Hoge Raad in verschillende, met de onderhavige materie niet onvergelykbare, arresten<sup>9</sup> heeft overwogen: de debiteur moet rekening houden met de mogelijkheid van overgang van het vorderingsrecht en daarmee met de mogelijkheid dat van bedingen door een ander dan de oorspronkelijk crediteur — met andere belangen en op grond van andere overwegingen — wordt gebruik gemaakt.

Welk van beide redeneringen de juiste is, is niet met zekerheid te zeggen.<sup>10</sup> Ik denk dat veel

zal afhangen van het oordeel of de handigheid van W in een geval als het onderhavige rechtens bescherming verdient en, indien niet, welke midelen om deze te onthouden ter beschikking staan, naast de interpretatie van art. 3. Met name komt daarbij gewicht toe aan het doel dat W nastreeft, namelijk verrekening van zijn schuld met een niet-opeisbare vordering. Daarmee ben ik bij vraag b.

*Vraag b: cessie met het oog op verrekening*

5 Bij de beantwoording dient onderscheid te worden gemaakt tussen de situatie dat na de cessie de debiteur faillieert en de situatie dat dit niet geschiedt. De eerste heeft een speciale regeling gekregen in de artt. 54 en 55 FW, de tweede niet. De artt. 54 en 55 FW worden, op een enkele redactionele wijziging na, gehandhaafd in het ontwerp-invoeringswet boeken 3-6 NBW, eerste gedeelte (Kamerstukken 16.593). De casus geeft er geen uitsluitsel over of CC (op korte termijn) in staat van faillissement wordt verklaard, maar, gelet op de gegevens, moet er in het advies aan W wel rekening mee worden gehouden. Ik wil er dit onderdeel zelfs mee beginnen, omdat van daaruit de juridische verhoudingen, wanneer het niet tot een faillissement komt, duidelijker uiteengezet kunnen worden.

*Invloed van een later faillissement: art. 54 FW*

6 Gemakshalve laat ik de tekst van het in deze casus dan<sup>11</sup> relevante art. 54 FW ontwerp-invoeringswet voorafgaan:

Niettemin is degene die een schuld aan de gefailleerde of een vordering op de gefailleerde vóór de faillietverklaring van een derde heeft overgenomen, niet bevoegd tot verrekening, indien hij bij de overneming niet te goeder trouw heeft gehandeld.

Na de faillietverklaring overgenomen vorderingen of schulden kunnen niet worden verrekend.

<sup>7</sup> Ook PG ad art. 6.2.3.12, waarin dit nog eens wordt herhaald; A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuw burgerlijk wetboek*, 1977, p. 208 e.v. (binnenkort verschijnt van dit boek een tweede druk).

<sup>8</sup> O.m. de literatuuropgave in PG ad art. 6.2.1.1 en de bekende handboeken m.b.t. de onderdelen cessie en subrogatie.

<sup>9</sup> HR 30 oktober 1919, NJ 1919, 1156 e.v. en m.n. HR 23 juni 1961, NJ 1962, 263.

<sup>10</sup> Wel zou ik weinig voelen voor de stelling dat in casu het beding de gehele rechtsverhouding van D en CC betreft.

<sup>11</sup> Art. 55 FW heeft betrekking op het zich in casu niet voordoende geval dat de overgenomen vordering aan order of toonder luidt. Art. 54 FW is een uitzondering op de hoofdregel omtrent verrekening tijdens faillissement (art. 53 FW). De daarin gestelde eisen zijn minder strikt dan buiten faillissement: HR 21 januari 1983, NJ 1983, 513.

Vooropgesteld moet tevens worden dat in een faillissementssituatie de opeisbaarheid van vorderingen krachtens art. 131 FW door het faillissement zelf al wordt bewerkstelligd, zij het dat dan de vorderingen niet altijd voor het volle bedrag in aanmerking worden genomen.

Welnu, daarvan uitgaande zal W het in art. 54 FW opgenomen verrekeningsverbod slechts kunnen omzeilen indien de cessie plaats vindt vóórdat<sup>12</sup> CC in staat van faillissement wordt verklaard en mits zij bij de cessie te goeder trouw is. Het is dit tweede vereiste dat problemen oplevert. Uit de geschiedenis van de in 1925 gewijzigde bepaling<sup>13</sup> blijkt dat de goede trouw het latere faillissement moet betreffen. Een 'naar redelijk inzicht aan zekerheid grenzende verwachting van de toekomstige faillietverklaring'<sup>14</sup> of bij de overname weten 'dat de latere gefailleerde in een zodanigen toestand verkeerde, dat zijn faillietverklaring was te verwachten'<sup>15</sup>, doet de betrokkene niet te goeder trouw zijn. Geen rol speelt de bedoeling of strekking onoirbaar voordeel te behalen of onoirbaar nadeel toe te brengen.<sup>16</sup> Die bedoeling of strekking kan van belang zijn, wanneer het, al dan niet verwachte, faillissement *niet* wordt uitgesproken. Grondslag zal dan echter in het algemeen een onrechtmatige daad, de redelijkheid en billijkheid van de leden 2 van de artt. 6.1.1.2 en 6.5.3.1 of, wellicht, misbruik van bevoegdheid (art. 3.1.1.14) moeten zijn, omdat een met art. 54 FW vergelijkbare bepaling buiten faillissement ontbreekt.

Nu blijktens de MvT, p. 146 van het genoemde ontwerp-invoeringswet het huidige stelsel van verrekening tijdens faillissement in beginsel wordt gehandhaafd, kan men er van uitgaan dat in het nieuwe recht het verbod van art. 54 FW eveneens reeds geldt indien het faillissement te verwachten was. Dat is in overeenstemming met art. 3.1.1.12 — toepasselijk door middel van de schakelbepaling van art. 3.1.1.16 — dat het kennen of het in de gegeven omstandigheden behoren te kennen als algemene richtlijnen noemt voor het ontbreken van goede trouw, vereist voor enig rechtsgevolg,<sup>17</sup> in casu de bevoegdheid tot verrekening.

7 Is in het concrete geval het faillissement van CC te verwachten? Het voorspellen van toekomstige feiten en gebeurtenissen heeft altijd een enigszins speculatief karakter, zeker in een niet „aangeklede” casus. Daarvoor zijn rechtsvragen ook niet bedoeld. Daarom kort dit: van een faillissement wordt meestal geen enkele crediteur, behalve de hoogst bevoorrechte, veel wijzer. Een toenemend aantal faillissementen eindigt door opheffing. Volgens recente cijfers<sup>18</sup> bijvoorbeeld in 1979 bijna 60%. Niet uit te sluiten is dat dit voor-

uitzicht er toe leidt dat CC zich, zij het met hangen en wurgen, nog enige tijd op de been houdt of op de been wordt gehouden door een geïnteresseerde in bepaalde, winstgevend geachte, activiteiten van het bedrijf die in een nieuwe rechtspersoon worden ondergebracht met overneming van een deel van de schulden. Hoe langer dat duurt, hoe meer het verband met de cessie van de vordering van D verbleekt. Het is mogelijk dat W redenen heeft een dergelijke — of een andere voor haar gunstige — gang van zaken te vermoeden. Zonder bijzondere omstandigheden echter, ben ik het met het merendeel van de inzenders eens dat als op betrekkelijk korte termijn na de cessie het faillissement van CC wordt uitgesproken, naar alle waarschijnlijkheid en afgezien van bewijstechnische complicaties, aan W met succes het verrekeningsverbod van art. 54 FW zal kunnen worden tegengeworpen, althans ten aanzien van de vordering ad nominaal f 100.000,—.

8 Ook ten aanzien van de vordering van f 150.000,—? Neen, die vordering is niet overgenomen en kan, aangezien zij minder dan één jaar na de datum van het faillissement vervalt, voor de volle waarde berekend worden. Een afzonderlijk contractueel beding is niet nodig. Concreet betekent dat een verrekening tot het bedrag van de schuld (f 130.000,—), waarna W voor de resterende f 20.000,— als concurrent crediteur in het faillissement kan opkomen. Dat bedrag zou dan haar maximale verlies zijn.

Zou het echter gaan om een vordering waar-

<sup>12</sup> Omtrent het vereiste 'vóór de faillietverklaring' van de artt. 53 e.v. FW: HR 27 november 1970, NJ 1971, 127 (cassatie in het belang van de wet); HR 10 januari 1975, NJ 1976, 249 m.o. B. W (achter); HR 26 maart 1976, NJ 1977, 612; HR 8 oktober 1982, NJ 1983, 479.

<sup>13</sup> Bij wet van 13 november 1925, S. 445. Voordien was het verbod gekoppeld aan het weten dat het faillissement al was aangevraagd of aangevraagd zou worden. Zeker in het begin is dit 'weten' strikt uitgelegd: HR 10 november 1898, W. 7200. Zie ook Völlmar, *De Faillissementswet*, 1953<sup>4</sup>, p. 131 e.v.; Polak-Polak, *Faillissement en surséance van betaling*, 1972<sup>7</sup>, p. 172 e.v.

<sup>14</sup> HR 31 december 1931, NJ 1932, 241 e.v.

<sup>15</sup> HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578 (Doyer en Kalff); Hof den Haag, 11 april 1980, NJ 1980, 604.

<sup>16</sup> O.m. Dorhout Mees, *Nederlands Handels- en Faillissementsrecht*, deel V, 1979<sup>7</sup>, p. 57.

<sup>17</sup> MvT, p. 7/9 en 12/3 ontwerp-invoeringswet boeken 3-6 NBW, vierde gedeelte (Kamerstukken 17.496). Van belang kan ook zijn de tweede zin van het ontwerp-artikel 3.1.1.12: 'Onmogelijkheid van onderzoek belet niet dat degene die goede reden had tot twijfel, aangemerkt wordt als iemand die de feiten of het recht behoorde te kennen'.

<sup>18</sup> A.M.J. van Buchem-Spapens, *Faillissement en surséance van betaling volgens BW en NBW*, 1983, p. 112/3.

van het tijdstip van de opeisbaarheid later valt of onzeker is, dan wordt de waarde van de vordering berekend op een lager bedrag dan de nominale waarde (art. 131 FW). In zo'n geval is de vraag of het opeisbaarheidsbeding van art. 3 zich ook tot andere vorderingen uitstrekt dan de gece-deerde wel van belang — en daarmee de vraag of cessie wellicht toch zinvol is —, omdat bij bevestigende beantwoording de volle waarde ten tijde van het faillissement in aanmerking wordt genomen. Het lijkt mij echter dat de beslissing hieromtrent niet afhangt van titel 6.2. Ook het opeisbaarheidsbeding zal onder de werking van art. 54 FW zijn begrepen. De strekking van deze bepaling is een bevoordeling tegen te gaan van bepaalde crediteuren die vorderingen (of schulden) met het oog op het faillissement overnemen. Met deze strekking is onverenigbaar dat de vordering niet, maar een daarmee overgegaan beding, dat materieel, zij het met betrekking tot een andere vordering, eenzelfde resultaat heeft, wél tot verrekening kan leiden.

*Terzijde: moet/kan W niet beter zelf het faillissement van CC uitlokken?*

9 Naar aanleiding van het voorgaande rijst een vraag waaromtrent geen advies is verzocht, maar die desondanks bespreking behoeft: doet W er niet verstandiger aan het zelf op een faillissement van CC aan te sturen en een verlies van f. 20.000,— te accepteren in plaats van nog meer kosten te maken door overname van de vordering van D zonder de zekerheid deze te kunnen terugverdienen? Op het eerste gezicht is daar wel iets voor te zeggen, maar de keuze zal mede worden bepaald door feitelijke omstandigheden die zich niet alle aan de lezer van de casus openbaren (onder meer de prijs van de vordering, alsook -weer- de verwachtingen omtrent een faillissement van CC op verzoek van anderen dan W en, niet in het minst, het belang dat W heeft bij het voortbestaan van CC gedurende nog enige tijd). Ik zal mij niet verliezen in een afweging van mogelijk relevante omstandigheden, maar mijn aandacht richten op een vraag die aan de keuze voorafgaat: kan W wel het faillissement van CC uitlokken, nu haar vordering nog niet opeisbaar is?

Vaste rechtspraak van de Hoge Raad is dat een schuldeiser, wiens vordering niet opeisbaar is, het faillissement in ieder geval al kan aanvragen.<sup>19</sup> Niet het tijdstip van de aanvraag, maar het tijdstip dat daaromtrent moet worden beslist is bepalend voor het oordeel of aan alle vereisten voor een faillietverklaring is voldaan. Dan zal sprake moeten zijn van minstens één opeisbare vordering en van pluraliteit van crediteuren. De opeisbare vordering hoeft niet die van de aanvra-

ger te zijn. Art. 6 FW stelt die eis niet.<sup>20</sup> W zou er voorlopig ook niet aan kunnen voldoen. Dit houdt in dat, wil zij CC's faillissement, zij zich zal moeten voorzien van een steunvordering, die wél opeisbaar is. Deze zullen er ongetwijfeld zijn, maar W zal ze moeten opsporen en, in verband met het feit dat bij betwisting summierlijk van hun bestaan moet blijken,<sup>21</sup> moeten kunnen bewijzen. Wellicht dat crediteuren van zo'n vordering bereid zijn medewerking te verlenen; de tengevolge van het faillissement te creëren verrekeningsbevoegdheid voor W zal de animo niet vergroten. D bijvoorbeeld schiet met een eventuele medewerking niets op. Voor hem zal het boedelactief, waaruit hij moet worden voldaan, alleen maar met f. 130.000,— verminderen. Dat is niet bepaald in zijn belang.

Het praktische probleem dat W een opeisbare steunvordering zal moeten vinden — bovendien op een zodanige termijn dat (gedwongen) betaling van de facturen niet al heeft plaats gevonden<sup>22</sup> — doet er echter niet aan af dat de vraag of zij als gerechtigde tot een nog niet opeisbare vordering thans reeds het faillissement van CC kan uitlokken, in beginsel bevestigend moet worden beantwoord. Aan de in het begin van dit nummer geopperde mogelijkheid om het daarop aan te sturen, staan derhalve geen *juridische* bezwaren in de weg.

*Cessie met het oog op verrekening buiten faillissement*

10 Buiten faillissement ontbreekt een met art. 54 FW vergelijkbare bepaling, heb ik gezegd. Men zal de algemene leerstukken van onrechtmatige daad, de redelijkheid en billijkheid of misbruik van bevoegdheid te hulp moeten nemen. Wel kent ook het NBW een verrekeningsverbod in art. 6.1.10.12,<sup>23</sup> maar dat biedt in het soort gevallen

<sup>19</sup> Laatstelijk nog eens herhaald in HR 19 april 1974, *NJ* 1974, 345 en 440.

<sup>20</sup> Vergelijk naast het in de vorige noot genoemde arrest, ook nog HR 10 april 1959, *NJ* 1959, 232; HR 17 februari 1961, *NJ* 1961, 493; HR 18 maart 1983, *NJ* 1983, 568 (alleen 'kopje') en *RvdW* 1983, 62 (overwegingen Hoge Raad); Polak-Polak, *i.a.p.*, p. 32; *Faillissement* (red. C.J. van Zeben), ad art. 6, aantekening 4 sub D.

<sup>21</sup> Niet in de strikte zin van het woord, maar slechts summierlijk. Dat zal W's positie uiteraard vergemakkelijken.

<sup>22</sup> Uit dat oogpunt ontmoet de door de meeste inzenders geopperde mogelijkheid dat W het door anderen verzochte faillissement van CC afwacht, bezwaren. Het kan dan al te laat zijn voor de beoogde verrekening. Zie ook hierna sub 11.

<sup>23</sup> De naar de bedoeling van de wetgever opvolger van art. 1465 BW, dat een betrekkelijk 'dode' bepaling is gebleven. Zie *PG boek 6* ad art. 6.1.10.12.

als het onderhavige geen soelaas.<sup>24</sup> Behoudens het hier niet terzake doende verbod van onderdeel a van het artikel, ontbreekt de bevoegdheid tot verrekening slechts indien de schuld van, in casu, W zou strekken tot vergoeding van schade die zij opzettelijk heeft toegebracht. Daarvan is geen sprake: haar schuld van f 130.000,— resulteert uit overeenkomsten van koop en verkoop. Zelfs als CC de cessie van de vordering als jegens haar onrechtmatig zou wraken en W deswege tot vergoeding van de daardoor, laat ik zeggen, opzettelijk veroorzaakte schade in geld wordt veroordeeld, verhindert dat nog niet de verrekening. Slechts het bedrag van de schadevergoeding mag ingevolge art. 6.1.10.12 niet worden verrekend. CC heeft derhalve bij een op schadevergoeding in geld gerichte vordering — waarbij bovendien het vereiste van opzet moet worden bewezen<sup>25</sup> — geen belang, althans niet direct.<sup>26</sup>

Een direct resultaat kan alleen bereikt worden<sup>27</sup> op de grondslag van misbruik van bevoegdheid of van een onrechtmatige daad door het, als speciale en passende vorm van schadevergoeding, vorderen van een verbod aan W om te verrekenen, dan wel langs de weg van de artt. 6.1.1.2, lid 2 en 6.5.3.1, lid 2: W's beroep op verrekening is in de gegeven omstandigheden in strijd met de redelijkheid en billijkheid.<sup>28</sup> De vraag naar de betekenis en, vooral, de reikwijdte van art. 3 overeenkomst, kan in deze benadering, anders dan bij het vorderen van schadevergoeding in geld,<sup>29</sup> in het midden worden gelaten. Als verrekening toch is uitgesloten op een van de genoemde grondslagen, doet het er niet meer toe of de vordering al dan niet opeisbaar is.

Die kwestie rijst wel, met name buiten faillissement, maar — als gezegd in nr. 8 — ten dele ook in een faillissementssituatie, wanneer verrekening, afgezien van de voorwaarde van opeisbaarheid, toelaatbaar wordt geacht. Ik meen dat *in dat geval* zich in beginsel niets er tegen verzet het opeisbaarheidsbeding mede tot de niet in de cessie begrepen vordering van, in casu, f 150.000,— te doen uitstrekken, vooropgesteld althans dat het beding niet beoogt of bedoeld is slechts persoonlijk te gelden of bij de overgang van de vordering te zijn uitgesloten. Met andere woorden: de ruime redactie van het beding breng ik in dat geval in beginsel voor risico van de debiteur, tenzij van een andere strekking of bedoeling blijkt.

11 Aan die bedoeling of strekking — een vraag van uitleg — kom ik in het concrete geval niet toe. De verrekening is niet toelaatbaar te achten, ook niet ten aanzien van de vordering ad f 100.000,—, waarmee het beding (ook voor W)

onlosmakelijk is verbonden. W wil het volgens haar zinkende schip van CC verlaten door handiger te zijn dan andere crediteuren. Dat is op zichzelf haar goed recht en niet ongeoorloofd. In het handelsverkeer komt het daarop nu eenmaal vaak aan, ook al impliceert dat dat anderen er minder goed 'uitspringen'. Er zijn echter grenzen en die worden naar mijn mening in casu overschreden. W heeft meegewerkt aan een reddingsoperatie van CC, samen met anderen. De medewerking van die anderen tot een bedrag van f 750.000,— heeft zij zelfs als voorwaarde gesteld. Daaraan is voldaan. Mede in dat kader is haar vordering op termijn opeisbaar gesteld. Thans wil zij haar bijdrage voortijdig terughalen en wel door zich in een feitelijke voorrangpositie met een hoge verhaalsprioriteit (het karakter van verrekening<sup>30</sup>) te manoeuvreren. Ongeacht de grondslag — onrechtmatige daad, redelijkheid en billijkheid<sup>31</sup> of misbruik van bevoegdheid — zal in het advies aan W tot uitdrukking moeten komen dat een dergelijke handelwijze naar alle waarschijnlijkheid ongeoorloofd zal worden geoordeeld. Indien W redenen heeft aan te nemen of te vrezen dat CC niet meer in staat is haar verplichtingen nu en in de toekomst na te komen, kan zij het faillissement aanvragen (met de problemen en onder het voorbehoud als hiervoor geschetst). Een andere mogelijkheid is nog art. 6.1.8.5, lid 1 sub c: de gevolgen van niet-nakoming treden reeds in voordat de vor-

<sup>24</sup> Het is de vraag of sub b van de bepaling in veel gevallen soelaas biedt. Het is een tamelijk buitennissige, aan het Duitse recht (Par. 393 BGB) ontleende bepaling, die niet is ingebed in het Nederlandse rechtssysteem. Zie mijn in-treerede: Een vreemde bepaling. Enige beschouwingen omtrent art. 6.1.10.12 sub b NBW, 1983.

<sup>25</sup> Hoe moeilijk en weinig vertrouwd dat in Nederland is, heb ik in mijn in de vorige noot genoemde publikatie aangegeven, *t.a.p.*, p. 17 e.v. Zie ook HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597 met name de conclusie van de AG, *t.a.p.*, p. 1879 r.k.

<sup>26</sup> Afhankelijk van het bedrag van de schadevergoeding, wel indirect. De facto kan dat een resultaat opleveren alsof niet zou zijn verrekend.

<sup>27</sup> Gegeven dat een rechtstreeks verbod als art. 54 FW buiten faillissement niet bestaat. Dat zou volgens mij de fraaiste weg zijn. Ik heb daar in mijn genoemde in-treerede, ook met het oog op andere situaties, een lans voor gebroken.

<sup>28</sup> Qua rechtsgevolgen zijn in het NBW de verschillen zo klein mogelijk gehouden.

<sup>29</sup> De hoogte van de schadevergoeding in geld, is onder meer afhankelijk van de vraag welke vordering(en) in de verrekening kunnen worden betrokken.

<sup>30</sup> Zie daaromtrent, met verdere verwijzingen, mijn in-treerede, *t.a.p.*, p. 32 e.v.

<sup>31</sup> In de huidige, lagere rechtspraak is die grondslag een enkele maal gehanteerd: Rechtbank Dordrecht, 13 maart 1940, *NJ* 1940, 1094. Ik verwijs ook naar het antwoord op een rechtsvraag in *WPNR* 5657 (1983), p. 427 door H.C.F. S(choor-dijk).

dering opeisbaar is, indien W vreest dat CC in de nakoming zal tekortschieten en deze niet voldoet aan een schriftelijke aanmaning (waarin een opgave van de gronden voor de vrees die W tot de aanmaning heeft gebracht) om zich bereid te verklaren haar verplichtingen te zijner tijd te vervullen. Ook op die manier kan W haar bevoegdheid tot verrekening creëren. Maar daarbij is zij aan de houding, hoop en verwachtingen van CC overgeleverd. En dat maakt deze mogelijkheid niet tot een rechtens sterke.

12 De rechtsvraag heeft een tiental reacties opgeleverd. Een inzender ondertekende met 'mr.'. Zijn antwoord behoorde tot de betere, maar ik neem aan dat hij buiten de verdeling van de prijzen blijft. Weinig inzenders zijn toegekomen aan de vraag wat rechtens zal zijn indien CC niet faileert. Het meest volledige én het beste antwoord was afkomstig van R. van Zutphen uit Den Haag.